

Sur quels indicateurs d'égalité salariale les juges se fondent-ils ? Une comparaison France/Etats-Unis

Fabienne Berton & Marie Mercat-Bruns, LISE CNRS, CNAM Paris

Résumé

La lutte pour l'égalité salariale découle de lois semblables en France et aux Etats-Unis. Ces textes font l'objet d'une interprétation pragmatique des juges qui partent d'une comparaison de la situation concrète des salariés. Les jurisprudences française et américaine recherchent d'abord la comparabilité des situations professionnelles et admettent des critères de différences de traitement liés à la personne, au poste et aux contraintes économiques de l'entreprise.

INTRODUCTION

Le principe d'égalité salariale est devenu un objectif de politique publique. Sa réalisation nécessite une évaluation du travail. Or, la valeur du travail est un phénomène éminemment social. Sauf dans la théorie économique néoclassique, il n'existe pas de principe général et universel d'attribution d'une valeur au travail, on peut l'évaluer de nombreuses façons : par sa productivité, par les compétences requises, par le travail à accomplir, par l'expérience nécessaire, par la réputation de la personne recrutée, par le caractère indispensable du poste dans l'organisation... On ne peut que conclure au caractère pluraliste de la valeur du travail et de son évaluation.

Quand il est question d'évaluer des inégalités, l'économiste recourt à l'usage d'indicateurs permettant de comparer des proportions ou des distributions entre deux catégories. Leur construction repose sur la mesure de distance entre proportions, les caractéristiques de la dispersion, des indices d'ATKINSON, de l'indice de concentration de GINI. Il peut aussi utiliser, dans le cas particulier d'inégalités salariales, des régressions multiples sur le modèle des fonctions de gain de MINCER, ou d'autres types de régression, qui produisent des probabilités de montant de salaire dans une situation donnée ou des rapports de probabilité relative, ou bien encore décomposent les écarts entre caractéristiques individuelles et discrimination « *pure* ». Toutefois, préalablement à ces calculs, les situations doivent être cernées, les données disponibles et les catégories construites. Or ce n'est pas la situation à laquelle les juges doivent faire face : ils ont à juger de cas concrets, chacun différent du précédant et ils élaborent, au fur à mesure des jugements rendus, la définition des situations pertinentes et celle des données et des catégories recevables.

L'objectif de cette contribution consiste à mettre à jour les critères d'égalité salariale utilisés par les juges français et américains. Pour cela, nous avons sélectionné et analysé un certain nombre d'arrêts rendus en France (cours d'appel et de cassation) et aux Etats-Unis (juridictions fédérales). Notre ambition est aussi d'analyser ces critères d'égalité salariale à l'aune des différentes conceptions des inégalités et de la non discrimination. Notre texte s'ordonne en quatre parties : après avoir rapidement présenté les contextes juridiques français et américains (1), une seconde partie analyse les critères de comparabilité des situations professionnelles (2), une troisième, les critères de différences de traitement admis (3), pour terminer par quelques réflexions sur l'incidence de l'action des juges sur la réduction des inégalités salariales (4).

1. LES CONTEXTES JURIDIQUES FRANÇAIS ET AMERICAINS

1.1. La législation française sur l'égalité et la non discrimination salariales

Le principe « *A travail égal, salaire égal* » trouve sa source juridique dans le principe plus vaste, d'origine communautaire, de non-discrimination entre les salariés. Ainsi, l'article L. 140-3 du Code du travail prévoit que « *les catégories, critères de classification et de promotion professionnelle, ainsi que toutes les autres bases de calcul de la rémunération, notamment les modes d'évaluation des emplois, soient communs aux travailleurs des deux sexes* ». L'article L. 122-45 du même code, issu de la loi du 16 novembre 2001¹, interdit les mesures discriminatoires directes. Il condamne également les discriminations indirectes qui aboutissent au même résultat (directives européennes de 2000, 2002 et 2006). Cette forme de discrimination est à ce jour peu dénoncée en France, elle n'est pas toujours de nature individuelle mais peut être systémique et sa dénonciation peut requérir l'usage de statistiques.

Le principe d'égalité salariale a été posé en priorité pour l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes mais, depuis l'arrêt PONSOLLE de 1996, il s'applique aussi entre des personnes du même sexe. Le juge procède en deux temps. Le salarié doit démontrer qu'il est dans une situation identique et présenter des faits susceptibles de caractériser son inégalité de rémunération. L'employeur doit alors justifier la différence de traitement par des éléments objectifs et matériellement vérifiables ce qui l'oblige à composer avec sa liberté de fixation des salaires. Dans les cas où la discrimination (et pas seulement l'égalité salariale) est invoquée, l'employeur doit donner une justification objective de cette différence de traitement, étrangère à la discrimination. Dans

¹ Les références juridiques tant françaises et qu'américaines sont, dans le cadre de cette contribution, volontairement très incomplètes.

le cas d'une discrimination indirecte, l'employeur doit montrer que la pratique apparemment neutre qui a un effet discriminatoire pour un groupe de salariés est nécessaire et proportionnelle à ses objectifs dont les moyens de réalisation sont appropriés et nécessaires.

La rémunération comprend le salaire de base et tous les autres avantages et accessoires payés directement ou indirectement en espèce ou en nature. La jurisprudence communautaire considère de plus que cette notion s'entend de l'ensemble des avantages sociaux. Sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux « *exigeant des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme, une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, des responsabilités et de charge physique et nerveuse liées au poste de travail* » (art. L. 140-2 du Code du travail). L'ensemble des critères, et non un seul élément, doit être pris en compte.

1.2. La législation américaine sur l'égalité et la non discrimination salariales

Deux lois américaines se consacrent à la lutte pour l'égalité salariale. La plus ancienne, la *Equal Protection Act* de 1963 (EPA) porte exclusivement sur l'égalité salariale entre les sexes sans nécessité de prouver l'intention discriminatoire de l'employeur à la différence de la loi sur les droits civiques de 1964 dans son titre VII. Celle-ci condamne aussi les discriminations directes et indirectes en raison du sexe appliquées notamment à la rémunération. La EPA interdit à tout employeur d'au moins deux salariés de sexe opposé de rémunérer plus faiblement des salariés que d'autres de sexe opposé lorsque le travail, la compétence, la responsabilité et l'effort fourni sont égaux et exécutés dans les mêmes conditions de travail.

Le salarié doit fournir des éléments qui feront présumer l'existence d'une discrimination salariale. Il doit démontrer qu'il effectue globalement les mêmes tâches que le salarié de l'autre sexe, que son travail est essentiellement le même en termes de compétence, effort fourni et responsabilité, exécuté dans le même établissement et dans les mêmes conditions de travail alors que le salarié du sexe opposé a une rémunération plus élevée. La charge de la preuve incombe alors à l'employeur qui doit prouver que la disparité salariale est admise car elle correspond à un des quatre moyens de défense prévus par la loi : l'ancienneté, le mérite, la quantité et la qualité de la production, ou un « *facteur autre que le sexe* » déduit au cas par cas par les juges (*S.CT CORNING GLASS WORKS v. BRENNAN*, 1974). D'après la jurisprudence, la rémunération est comprise dans un sens large en incluant notamment les heures supplémentaires, les avantages en nature et les voyages offerts.

2. LA COMPARABILITE DE LA SITUATION PROFESSIONNELLE

2.1. En France

Quand les juges sont amenés à juger une plainte pour inégalité salariale, ils interprètent la situation en fonction des justifications apportées par les parties. Leur démarche préalable consiste à délimiter le sujet en définissant un périmètre de comparaison et en précisant la notion de situation identique.

2.1.1. « Le périmètre du principe »

La question du périmètre du principe, c'est à dire des « *limites géométriques* » (COEURET, 2006) à l'intérieur desquelles le principe peut s'appliquer et la comparaison salariale s'effectuer, fait l'objet d'une définition relativement stricte : il s'agit d'une même entreprise ou d'un même établissement d'une entreprise ou d'un groupe. Le périmètre de la comparaison ne peut s'élargir au groupe d'entreprises même si celles-ci forment une unité économique et sociale, celle-ci n'est reconnue qu'en cas de convention ou accord collectif commun. L'argument d'un intérêt commun ou d'un même décideur est insuffisant, de même que le cas de salariés mis à disposition, car ils sont rattachés contractuellement à un autre employeur.

2.1.2. La notion de situation identique

La question est celle du repérage de l'identité de situation à l'intérieur du périmètre de comparaison pertinent entre le salarié qui invoque l'inégalité de traitement et un ou plusieurs autres membres du personnel choisis comme référents. Dans la plupart des cas, l'identité vient de la norme applicable à la collectivité des salariés et non de l'évaluation de la valeur du travail fourni. Pourtant des arrêts plus récents s'attachent à préciser la définition de la valeur du travail.

La norme applicable à la collectivité des salariés

De nombreux arrêts portent sur les situations respectives des anciens et des nouveaux salariés par rapport à un changement conventionnel. Une nouvelle grille salariale n'introduit pas de différence objective et pertinente entre les anciens et les nouveaux salariés (Cass. Soc., 25 mai 2005). En revanche, des salariés embauchés postérieurement à un accord collectif prévoyant une indemnité compensatrice de la réduction du temps de travail, ne peuvent pas prétendre à son bénéfice : ils se trouvent dans une situation qui n'est pas identique (Cass. Soc., 1er déc. 2005). L'argument de l'indemnité différentielle compensatrice est également invoqué dans le cas de la mise en oeuvre d'un accord collectif organisant le passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération au fixe (Cass. Soc., 31 oct. 2006).

La valeur du travail : du coefficient de classification aux tâches réellement accomplies

Dans les arrêts anciens, le coefficient de classification suffit. L'identité de situation est retenue à partir du coefficient, de la qualification et de l'ancienneté ce qui conduit à retenir qu'il y a bien travail d'égale valeur à propos d'emplois aussi différents que ceux de commerciaux et de responsable administratif des ventes par exemple (C.A. de Paris, 1^{er} avril 2004).

Mais le sens de la notion de « *travail de valeur égale* » évolue à travers les juridictions nationales et la Cour de justice européenne qui s'attachent de plus en plus aux activités et aux tâches réellement accomplies. Le classement dans la même catégorie n'est pas à lui seul suffisant, il constitue seulement un indice parmi d'autres. Il n'y a ainsi pas de travail égal entre deux responsables d'agence lorsque l'un gère à lui seul quatre sites ce qui représente des responsabilités et des charges plus lourdes que celles d'un responsable n'en gérant qu'un seul (Cass. Soc., 23 mars 1999). Le coefficient d'emploi doit être corroboré par la qualification détenue mais aussi « *par des facteurs précis et concrets déduits des activités effectivement exercées par les travailleurs concernés* » (C.J.C.E., arrêt BRUNNKOEFER, 26 juin 2001). Le salarié de référence de même qualification, même coefficient et ancienneté moindre accomplit des tâches spécifiques impliquant responsabilité et autonomie ce qui empêche toute comparaison (C.A. de Paris, 4 déc. 2005). Les salariés ne sont pas dans une situation identique si le référent bénéficie d'une expérience professionnelle plus importante, acquise chez ses anciens employeurs (Cass. Soc., 15 nov. 2006).

2.2. Aux Etats-Unis

Il existe un contentieux sur la notion d'établissement pour délimiter la comparaison mais la jurisprudence se concentre sur les cinq critères de comparabilité des situations énoncés dans la loi, qui font l'objet d'une interprétation souple : l'égalité de travail, de compétence, d'efforts fournis, de responsabilité et de conditions de travail. Cette comparabilité est nécessaire pour induire ensuite une présomption d'inégalité².

2.2.1. L'égalité du travail

La loi ne requiert pas que le travail entre les salariés de sexe opposé soit identique (SLATTERY v. PRECISION RESPONSE Corp, 2006). Il suffit qu'il soit en grande partie le même (*substantially equal*) (SCHULTZ v. WHEATON GLASS

² Aucun homme n'avait un salaire plus élevé, aucune statistique ne montrait la situation d'un homme avec la même expérience, VICTORY v. HEWLETT PACKARD Co. (ED NY 1999)

Co.). L'appréciation n'est pas strictement quantitative mais qualitative (LAFHEY v. NORTHWEST AIRLINES Inc, 1976). Elle concerne par exemple les 2/3 du poste, la performance au poste et la comparaison par des tâches « *réellement effectuées* » et non des descriptions de poste, des titres généraux ou des classifications (HODGSON v. MILLER BREWING Co., 1972 ; MORGADO v. BIRMINGHAM-JEFFERSON COUNTY CIVIL DEFENSE Corp, 1983). Il faut que l'employeur ait eu connaissance de cette similarité des postes.

2.2.2. *L'égalité de la compétence*

On peut comparer une expérience, une formation et des aptitudes professionnelles telles qu'elles sont requises pour le poste (HORNER v. MARY INSTITUTE, 1980). Les CV et les relevés de notes d'études peuvent contribuer à établir la comparaison alors que des appréciations trop subjectives peuvent indiquer une violation de la loi (KEZIAH v. W.M. BROWN & SON Inc, 1989).

2.2.3. *L'égalité des efforts fournis au travail*

Il s'agit de constater le niveau d'énergie physique ou psychique nécessaire pour exécuter le travail. De faibles différences (moins de 5 % du temps de travail par exemple) ne sont pas suffisantes pour écarter la comparaison. Les mesures de l'effort doivent être uniformes pour les deux sexes (HODGSON v. DAISY MANUFACTURING Co, 1971). Un regard croisé est possible entre, par exemple, le niveau d'effort mental de la femme comparé à celui de l'effort physique de l'homme (HODGSON, précité).

2.2.4. *L'égalité de la responsabilité*

La responsabilité se mesure, sur le plan des faits (HUNT v. NEBRASKA PUBLIC POWER Dist, 2002), selon les comptes à rendre, le pouvoir de contrôle de l'exécution du travail et le niveau d'exigence qu'implique le poste. Une responsabilité n'est pas plus forte si elle s'accompagne d'aides supplémentaires (BURKEY v. MARSHALL COUNTY BOARD OF EDUCATION, 1981). La responsabilité n'implique pas des tâches subsidiaires comme le contrôle des chèques ou l'extinction des lumières (MAGUIRE v. TRANS WORLD AIRLINES Inc, 1982).

2.2.5. *La similitude des conditions de travail*

Les juges regardent si les risques au travail sont semblables et retiennent assez facilement la similitude des conditions de travail. Dans l'arrêt de principe CORNING GLASS WORKS v. BRENNAN (1974), le travail de nuit n'a pas constitué une condition de travail différente car le travail de jour ne concernait que certaines salariées avec davantage d'ancienneté mais un salaire moindre. Le travail en milieu extérieur ou intérieur ne constitue pas nécessairement une différence de condition de travail (WETZEL v. LIBERTY Mut. Ins. Co, 1978).

3. LES CRITERES DE DIFFERENCES DE TRAITEMENT ADMIS

Une fois admis que le salarié concerné et le salarié de référence effectuent bien le même travail ou un travail de valeur égale à l'intérieur de la zone de comparaison définie, c'est à l'employeur de justifier la différence salariale. Il a la possibilité de contester le choix des salariés utilisés pour la comparaison lorsqu'il estime que ceux-ci ne sont pas placés dans une situation identique. A cet égard, la comparaison s'effectue au regard de la situation concrète des salariés dans leur environnement professionnel et en comparaison avec les personnes travaillant dans les mêmes conditions de poste, d'équipe, d'ancienneté et de technicité effective de leur travail (C.A. de Paris, 14 janvier 1998 & Cass. Soc., 26 fév. 2002 ; PEARCE v. WICHITA COUNTY, CITY OF WICHITA, FALLS, 1979). Il peut aussi faire état de qualités professionnelles particulières à condition qu'elles soient objectivées. Des évaluations internes peuvent être présentées même si leur validité est souvent mise en cause par le salarié. La justification de la disparité salariale est soumise à l'appréciation souveraine des juges. La Cour de cassation en France, de même que les juridictions fédérales aux Etats-Unis, sont les instances régulatrices qui encadrent cette appréciation en élaborant les critères de différence de traitement admis.

En France, un communiqué de la Cour de Cassation précise, le 3 mai 2006, que des différences de rémunération pour un travail égal ou de valeur égale doivent être obligatoirement justifiées par des éléments objectifs. Au titre des « *raisons objectives* » admises figurent la performance, l'ancienneté, l'expérience professionnelle et dernièrement le parcours professionnel du salarié, la technicité du poste, l'étendue des fonctions, des responsabilités particulières, la situation du marché du travail et les contraintes des entreprises. *A contrario*, les éléments tels que le sexe, l'ancienneté si celle-ci est rémunérée sous la forme de prime différente du salaire de base, la date d'embauche seule et la zone géographique ne présentent pas une justification objective à une différence de rémunération.

Aux Etats-Unis, les critères tels que le diplôme, l'expérience et les traits de personnalité nécessaires à l'emploi renvoient à la qualification du salarié. Le sexe lui-même n'est pas une qualification même si on peut supposer qu'il peut avoir une incidence sur la durée de l'emploi ou la volonté d'accéder à des postes d'autorité. C'est aussi à ce stade que l'employeur peut invoquer un des quatre moyens de défense qui doit emporter la conviction des juges : l'ancienneté, le mérite, la productivité, et tout « *facteur autre que le sexe* ». L'ancienneté peut justifier des différences salariales mais le système de rémunération peut subir un contrôle prétorien : il doit être objectif, pour éviter par exemple des promotions trop rapides (BICKERSTAFF v. VASSAR COLLEGE,

1998), uniforme et appliqué quel que soit le sexe (GRUMBINE v. UNITED STATES, 1984). Il en est de même de l'évaluation du mérite qui peut justifier des inégalités de salaire s'il existe une procédure structurée, organisée préalablement et appliquée de manière systématique dans ce but (RYDUCHOWSKI v. PORT AUTHORITY OF NEW YORK AND NEW JERSEY, 2000).

3.1. Les éléments de différenciation liés à la personne

En France, ceux-ci peuvent tenir à la situation juridique particulière du salarié : le statut d'intermittent du spectacle (vs CDI) (Cass. Soc., 28 avril 2006), de droit privé (vs fonctionnaire ou contractuel public) (Cass. Soc., 31 mai 2006) autorisent des rémunérations plus élevées. Dans le même ordre d'idée, des droits d'option peuvent compenser des sacrifices particuliers consentis par des salariés soumis au droit italien lors d'une restructuration (Cass. Soc., 17 juin 2003).

La question du diplôme est controversée en France. Dans un premier temps, son rôle justificatif a été atténué face au critère de l'expérience professionnelle (Cass. Soc., 9 déc. 2003). L'expérience est considérée au même titre qu'un diplôme comme présomption d'une compétence, elle est une valeur que l'entreprise peut choisir de distinguer. N'a d'abord été retenue que l'expérience acquise dans l'entreprise (Cass. Soc., 29 sept. 2004), puis sur un site (Cass. Soc., 16 fév. 2005), et maintenant chez d'autres employeurs (Cass. Soc., 15 nov. 2006). Dans un deuxième temps, des arrêts plus récents (Cass. Soc., 19 oct. 2005 & Cass. Soc., 15 nov. 2006) admettent le diplôme comme élément de justification, en l'occurrence conforté par une différence d'ancienneté. Cette dernière est admise si elle est intégrée dans le salaire de base (Cass. Soc., 20 juin 2001). Elle est par ailleurs considérée comme distincte de l'expérience : une prime d'ancienneté n'empêche pas un versement supplémentaire pour rémunérer l'expérience acquise (Cass. Soc., 16 fév. 2005). Aux Etats-Unis, le même raisonnement est tenu concernant l'expérience acquise dans l'entreprise ou dans une précédente fonction. Ce dernier cas légitime des rémunérations historiquement plus faibles pour les femmes que les hommes (KOUBA v. ALLSTATE INSURANCE Co, 1982). Le contentieux américain porte aussi sur la charge de famille ou la situation de « *chef de famille* » qui n'est pas retenue comme raison valable de différence de salaire si seuls les hommes en bénéficient automatiquement (« *Head of household status* », EEOC v. FREMONT CHRISTIAN SCHOOL, 1986).

La qualité du travail fourni par le salarié doit être objectivement démontrée dans les deux pays (Cass. Soc., 8 nov. 2005) et la différence de rémunération correspondante proportionnée aux Etats-Unis (MARSHALL v. A & M CONSOLIDATED INDEPENDENT SCHOOL DISTRICT, 1979). La notion de

« *parcours professionnel spécifique* » émise en France justifie ainsi une différence de rémunération qui peut résulter du ralentissement de la carrière professionnelle du salarié en raison de ses faibles performances, de son refus de suivre des formations ou d'un autre élément (Cass. Soc., 3 mai 2006). Le salarié non admis à une promotion interne dans le cadre d'une procédure de reconnaissance des compétences par un jury indépendant en application d'un accord d'entreprise, ne peut se comparer avec des salariés admis par le même jury (Cass. Soc. 17 oct. 2006).

En France, la performance au travail, en tant qu'élément objectif de différence de rémunération pour un travail égal ou de valeur égale, est admise si elle est rémunérée par des primes dont le calcul obéit à des critères objectifs et vérifiables. Ainsi, un système de « *ranking* », mis en place de manière transparente, constitue un système licite d'individualisation et donc de différenciation des augmentations salariales (C.A. Grenoble, 13 nov. 2002).

Les Etats-Unis mettent plus que la France l'accent sur la question de productivité des salariés pour attribuer une valeur à leur travail en l'érigeant en moyen de défense de l'employeur. L'argument de la « *valeur marchande* » du salarié est légitime sous réserve que l'employeur n'agit pas ainsi du fait qu'une femme aurait un pouvoir de négociation plus faible (OTTAVIANI v. STATE UNIV. OF NEW YORK, 1990) ou serait moins prise en compte dans un domaine où les hommes sont traditionnellement plus présents. L'employeur doit démontrer que la productivité des salariés est évaluée de la même manière mais que les résultats sont différents³. En dehors des cas où le travail est évalué selon sa productivité, le seul fait d'établir des quotas de production différents selon les sexes ne suffit pas à démontrer que le travail n'est pas égal (UNITED STATES v. MILWAUKEE, 1977).

3.2. Les éléments de différenciation liés à l'emploi et à l'entreprise

Dans les deux pays, le poste de travail occupé constitue une raison objective admise de distinction : la technicité particulière du poste de travail (Cass. Soc., 8 janv. 2003), l'étendue des tâches attribuées dans le cadre d'un travail identique (Cass. Soc., 13 mars 2002 ; MILLER v. AUTOMOBILE CLUB OF NEW MEXICO, 2005), la spécificité des responsabilités confiées au salarié (Cass. Soc., 11 janv. 2005 & Cass. Soc., 15 nov. 2006). La participation à une formation qui aboutira à un travail plus prenant ne peut justifier une majoration de salaire aux Etats-Unis (SHULTZ v. FIRST VICTORIA NATIONAL BANK, 1969).

³ Lorsque, à tort, la productivité demandée est différente selon le sexe, BENCE v. DETROIT HEALTH Corp (1983).

Les juges américains admettent comme « *facteur autre que le sexe* », la différence fondée sur la contribution économique du travail, c'est-à-dire la relation du salaire au bénéfice. Dans ce cas, il ne s'agit pas de juger la personne mais la rentabilité de son poste, les profits récoltés par exemple (HODGSON v. ROBERT HALL CLOTHES Inc, 1973). L'employeur cependant commet une discrimination en raison du sexe s'il ne rémunère l'apport d'un salarié qu'en raison de son « *potentiel* » à générer des bénéfices (FUTRAN v. RING RADIO Co, 1980).

L'activité conventionnelle en revanche n'est pas appréciée de la même façon par les juges des deux côtés de l'Atlantique. Aux Etats-Unis, l'existence d'accords collectifs ne peut justifier des différences de traitement (ANDERSON v. UNIVERSITY OF NORTHERN IOWA, 1985). En France les accords collectifs sont fréquemment des facteurs de différenciation : un accord collectif d'établissement sera au seul bénéfice des salariés de cet établissement (Cass. Soc., 27 oct. 1999), un accord d'entreprise peut prévoir des modalités spécifiques de rémunération fixées par des accords d'établissement compte tenu des caractéristiques de chaque établissement (Cass. Soc., 18 janv. 2006), ou alors la conclusion d'un accord collectif est interprétée comme un changement du statut collectif de l'entreprise

3.3. Les éléments découlant de contraintes stratégiques ou économiques

La différence salariale liée aux forces du marché est légitime : la pénurie de candidats à une fonction (BROCK v. GEORGIA SOUTHWESTERN COLLEGE, 1985) et la nécessité de recruter d'urgence pour éviter la fermeture de l'établissement (Cass. Soc., 21 juin 2005 suite à C.J.C.E., arrêt ENDERBY 27 oct. 1993). La difficulté est alors la fluctuation du marché de l'emploi. La surenchère de propositions de salaires de recruteurs concurrents (WINKES v. BROWN UNIVERSITY, 1984) ou le refus d'une offre initiale d'emploi du candidat à un salaire moindre peuvent justifier des disparités salariales aux Etats-Unis (HORNER v. MARY INSTITUTE, 1980).

La volonté de création d'un pôle d'excellence scientifique international attrayant pour les étrangers justifie l'octroi d'une prime d'expatriation à leur seul avantage (Cass. Soc., 9 nov. 2005). La gestion de l'emploi dans l'entreprise peut justifier des différences salariales lorsque le reclassement temporaire d'un salarié qui bénéficie du maintien de son salaire vise un poste normalement

moins bien payé⁴. La seule réserve est l'application uniforme de ces différences salariales aux hommes et aux femmes.

4. L'ACTION DES JUGES ET LA REDUCTION DES INEGALITES

Quels que soient les instruments utilisés par les juges, il convient aussi de les interroger dans leur capacité intrinsèque à contribuer à la réduction des inégalités de salaire : assurent-ils leur correction ? Permettent-ils d'éviter leur reproduction ? Permettent-ils de prendre en compte la construction des inégalités au cours d'une carrière et d'évaluer les capacités différentielles d'accès à une activité professionnelle ?

4.1. La réparation des inégalités de salaire

Il ressort du travail des juridictions françaises peu de considérations générales d'égalité salariale et peu de réflexion sur la valeur intrinsèque du travail dont il faut reconnaître la difficulté d'appréhension. On a affaire à un traitement de l'égalité par la différence, c'est à dire à une comparaison au cas par cas et non à un traitement de l'égalité par la généralité. Le travail des juridictions est un travail pragmatique de délimitation du sujet et de recherche par tâtonnement d'un compromis acceptable compte tenu de la nécessité de concilier liberté d'entreprendre et de décider de la rémunération et égalité entre les salariés. On assiste alors à un déplacement du problème : il ne s'agit pas tant de se doter d'outils de mesure des inégalités en soi mais d'outils de comparaison terme à terme, au cas par cas, sans prétention de généralisation, hormis en termes procéduraux.

Un point important de méthode est à souligner. La différence de salaire n'est pas comparée avec un salarié virtuel censé se trouver dans une situation comparable mais bien avec un salarié réel présent. Cette démarche ne permet pas un raisonnement « *toutes choses égales par ailleurs* ». Elle est différente de celle préconisée en droit communautaire (directive du 23 sept. 2002) pour les discriminations directes où l'égalité de traitement entre hommes et femmes est définie comme la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

Aux Etats-Unis, on assiste à une démarche toujours pragmatique et factuelle qui s'explique par le raisonnement inductif du droit américain. On part des faits

⁴ C'est le célèbre « *red-circled comparator wage* » : une rémunération délibérément différente mais de façon provisoire, 29 CFR § 800.147 ; GOSA v. BRYCE HOSPITAL, 1986.

pour tirer la règle de droit applicable en procédant par analogie. Il s'agit de déterminer *in concreto* les véritables critères de détermination du salaire et leur pertinence économique en dehors de préjugés sexuels.

L'évaluation de la productivité du salarié est propre aux Etats-Unis. Elle pose la question de savoir s'il est possible de distinguer l'apport individuel de la personne aux bénéfices de l'entreprise, au-delà de sa contribution au poste et aux profits générés par un service ou un département de l'entreprise. Cette vision individualisée qui distingue la force de travail de la personne constitue une différence culturelle entre les deux pays. Permet-elle véritablement d'introduire une donnée objective dans l'évaluation du salaire qui serait la contribution lucrative de la personne et de combattre les préjugés sur l'apport féminin au travail ? En outre, les calculs statistiques⁵ constituent un moyen de preuve de l'inégalité salariale grâce au traitement collectif des litiges dans les « *class action* » (DUKES v. WAL-MART STORES, 2004 & CHAU, 2006⁶). Elles sont cependant plus utilisées dans le cadre de l'application de la loi sur les discriminations de 1964 que sous l'égide de l'EPA. Enfin, la réparation des inégalités salariales est aux Etats-Unis plus forte en raison de la présence des jurys au civil qui peuvent allouer des dommages-intérêts élevés. Le caractère plus sévère de la loi américaine est-il plus efficace que l'action de prévention des discriminations salariales issue de la loi de 2006, en France, qui prévoit le suivi et la compensation des écarts ?

4.2. La reproduction des inégalités de salaire

L'action normative des juges porte principalement dans les deux pays sur l'incitation à la transparence des règles de gestion de la main d'œuvre des entreprises. Les impératifs de justification et de transparence des décisions entrepreneuriales n'aboutissent pas toujours à la construction d'une égalité concrète.

Cet univers idéal de la justification et de la transparence peut témoigner d'une vision abstraite de la réalité sociale et de la vie des entreprises. Celles-ci sont alors conçues comme un univers rationnel où toute situation est le résultat

⁵ Par exemple, une régression multiple sur un échantillon représentatif, l'usage de données longitudinales ...

⁶ Il s'agit de comparaison de proportion de femmes et d'hommes : « *statistical evidence of class-wide gender disparities* ». Ainsi à WAL-MART (mais on peut dire que c'est le cas dans la majorité des entreprises françaises ou américaines), les femmes constituent les deux tiers des salariés mais seulement un tiers de l'encadrement. Elles sont encore moins présentes dans l'encadrement supérieur. Quelles que soient leur région et leur catégorie d'emploi, elles gagnent moins que les hommes. Elles mettent plus de temps durant leur carrière pour atteindre les positions d'encadrement.

d'un choix délibéré. Cette remarque conduit à s'interroger sur la référence économique sous-jacente à l'action des juges. A cet égard, un autre point mérite d'être souligné. Il s'agit de l'argument de l'état du marché du travail comme élément objectif explicatif d'une inégalité de salaire. La cause et la conséquence sont là confondues. Les inégalités de salaire et les inégalités dans le monde du travail en général résultent du fonctionnement du marché du travail dont les acteurs n'ont pas nécessairement d'intention discriminatoire, mais dont les pratiques aboutissent à des discriminations indirectes. Sachant cela, l'égalité exigerait de corriger l'action du marché et non pas de le prendre ni comme une donnée explicative, ni comme une justification d'action. Le juge français fait face à la situation complexe de ne pas s'immiscer dans la gestion de l'entreprise en vertu du principe de la liberté de choix de l'employeur tout en appréciant la pertinence des justifications qui lui sont fournies.

Aux Etats-Unis, l'argument du marché, invoqué par l'employeur, cherche à introduire dans la jurisprudence un lien de cohérence entre la masse salariale et la compétitivité de l'entreprise. Son application pourrait néanmoins permettre de combattre les préjugés sur la « *valeur marchande* » des femmes dans certains domaines d'activité.

Sans doute, l'exigence de transparence des facteurs de différences de traitement salariales permet-elle d'exiger aussi, dans les deux pays, la mise en place d'une politique salariale qui ne néglige pas la question du genre. Il en est ainsi en France avec la loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale et aux Etats-Unis avec les circulaires du Département du travail pour la promotion de « *gender neutral system* » de rémunération.

4.3. La construction des inégalités de salaire au cours du temps

Dans le cas des carrières féminines par exemple en France, on constate de faibles écarts de salaire d'embauche pour des emplois comparables mais les écarts se construisent et se creusent au cours de la carrière sous l'effet de promotions et de systèmes de primes plus favorables aux hommes. Les différences de caractéristiques individuelles (diplôme, ancienneté, expérience) n'expliquent qu'une faible part de ces disparités salariales (BARRAT-MEURS, 2003). Ce type de construction d'inégalité au cours d'une carrière est peu pris en compte par les juges français, hormis pour la discrimination syndicale, où un arrêt (Cass. Crim., 9 nov. 2004) signale que les juges du fond doivent procéder à une étude comparative des salaires et des coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise, à diplôme et ancienneté équivalents.

La situation est différente aux Etats-Unis où les carrières et les rémunérations sont moins linéaires. Le temps joue moins ce rôle de construction d'inégalité. On remarque qu'aux Etats-Unis, les procès concernent souvent des services ou des institutions d'enseignement donc des postes où la valeur ajoutée du salarié est sans doute moins aisée à saisir précisément et dans le temps.

CONCLUSION

Au terme de cette comparaison de la jurisprudence sur l'égalité salariale en France et aux Etats-Unis, nous observons une grille d'analyse semblable des inégalités salariales. Après avoir cerné la comparabilité des situations professionnelles, les juges, dans une démarche pragmatique, admettent au fur et à mesure des critères de différence de traitement entre salariés. L'accent est mis sur les tâches réellement effectuées. Les différences proviennent soit de la personne, soit du poste, soit des contraintes économiques de l'entreprise.

Il n'est pas question ici de mesurer la portée réelle ou l'efficacité économique des normes en France et aux Etats-Unis. En revanche, leur application en filigrane pose un questionnement plus général sur les modes de déterminations des salaires, leur application dans le temps et dans l'espace (personne, entreprise, marché) et l'enjeu de la visibilité des préjugés sexuels qu'ils peuvent véhiculer de manière plus ou moins directe.

BIBLIOGRAPHIE

AUBERT-MONPEYSEN T. (2005) « Le principe « à travail égal, salaire égal » et la politique de gestion des rémunérations » *Droit Social* n° 1, pp. 18-30

EVERY P. (2004) "The Diluted Equal Pay Act: How Was It Broken? How Can It Be Fixed?" *Rutgers Law Review*, Spring, Rutgers University, The State University of New Jersey

BARRAT O. & MEURS D. (2003) « Les écarts de rémunération hommes-femmes : une position défavorable des femmes dans les grilles de conventions collectives » *Premières Synthèses* n° 11.3, DARES, mars

BERTON F. & MERCAT-BRUNS M. (2006) « La norme juridique, entrave ou ressource pour l'action ? A partir de trois exemples dans le champ du droit du travail » in BOURRREAU-DUBOIS C, JEANDIDIER B (dir) « *Economie sociale et droit, Economie et droit du travail* » L'harmattan, tome 1, pp. 81-97

BRUNNER B. () "The Wage Gap: A History Of Pay Inequity And The Equal Pay Act" Document disponible sur le site www.infoplease.com, 3 p.

- CHAU W. (2006) "Something Old, Something New, Something Borrowed, Something Blue and A Silver Sixpence For Her Shoe: DUKES V. WAL-MART & Sex Discrimination Class Action" *Cardozo Journal of Law & Gender*, Summer
- COEURET A. (2006) « L'égalité des rémunérations » CMS Bureau Francis Lefebvre, Document disponible sur le site : www.cms-bfl.com)
- FERRE N. (2004) « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité hommes/femmes » *Sociétés Contemporaines* n° 53, pp. 33-55
- JONES, DP. (2006) "Proof of Violation of Equal Pay Act" *American Jurisprudence Proof of Facts*, Database updated November
- LANQUETIN MT. (1995) « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire » *Droit Social* n° 5, pp. 435-441
- MERCAT-BRUNS M. (Dir) (2006) *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Collection Thèses et Commentaires, Dalloz
- PETIT P. (2006) « Les écarts de salaires horaires entre hommes et femmes en 2002 : une évaluation possible de la discrimination salariale » *Premières Synthèses*, n° 22.1, DARES, juin
- SHERMAN THOMAS C. (2001) « *Sex Discrimination* » West Group, West Publishing Company, 2nd reprint, pp. 200-227
- The U. S. Equal Employment Opportunity Commission (2003) "*Highlights Of Equal Pay Act Cases*", Document disponible sur le site www.eeoc.gov, 6 p.
- U.S. Department Of Labor, Employment Standard Administration, Office Of Federal Contract Compliance Programs "*Analysing Compensation Data: A guide To Three Approaches*" Document disponible sur le site www.dol.gov/esa